6°



POR

DON PEDRO ROL, Alferez mayor de la villa de Caceres, Cauallero del Orden de Alcantara. Y por don Francisco Antonio de Ouando su hijo.

CON

Don Pedro Rol de Ouando, y doña Ysabel de Ouando su madre, como su tutora y curadora.

En Granada, por Bartolome de Lorençana, en la calleja sin salida de la calle del Pan, Año de 1628.

1 E Ste pleyto se intētò por dō Pedro Rol de Ouā do, y doña Ysabel de Ouando, como su tutora, pretendiendo q̄ don Pedro Rol, Reo, posseia los mayorazgos de los Ouandos, que son dos: vno, que fundò Francisco de Ouando el viejo, en Francisco de Ouando su hijo, que llamarō el Rico, por el año passado de quatrocientos y nouenta y ocho, memor. fol. 1. in prin. Y otro, que fundò el dicho Francisco de Ouando el Rico, en Francisco de Ouādo su hijo, por el año passado de quinientos y quatro, memor. fol. 2. pag. 2. Y ansi mismo, que posseia el mayorazgo que fundò fray Martin Rol, en doña Teresa Rol su sobrina, con el acrecentamiento que a este mayorazgo hizieron Frācisco de Ouando, posseedor de los mayorazgos de los Ouādos, hijo y nieto de los fundadores dellos, por capitulos matrimoniales para casar a Pedro Rol de Ouando su hijo segundo, con doña Luysa de la Peña, que despues se llamò doña Teresa Rol, hija de Pedro Rol de la Cerda, y doña Ysabel de la Peña, y que estos mayorazgos tienen incompatibilidad entre si: de forma, que siēdo successor el dicho Reo de los mayorazgos de los Ouandos, la sucessiō del mayorazgo de los Roles, pertenecio a don Frācisco de Ouando, hermano menor del Reo, y por su muerte al Actor: o que eligiendo como ha eligido el dicho don Pedro Rol, el mayorazgo de los Roles, le ha de pertenecer la sucession en los mayorazgos de los Ouandos.

2 ¶ El Reo no niega la incompatibilidad del mayorazgo de los Roles, con los mayorazgos de

de los Ouandos en vn posseedor: pero pretẽde y se defiende con dos excepciones concluyentissimas.

3 ¶ La primera, con que no es posseedor de los mayorazgos de los Ouandos, porque solo possee el mayorazgo de los Roles, que eligio y pudo elegir conforme a la disposicion del fundador.

4 ¶ La segunda, que auiendo elegido el mayorazgo de los Roles, en que sucedio, antes q̃ se le difiriesse la sucesion de los mayorazgos de los Ouandos, esta sucession no pertenece, ni pertenecio a don Francisco de Ouando, ni a su linea, sino a sus hijos del dicho don Pedro Reo, como expressamente llamados a esta sucessiõ.

Esta segunda excepcion salio coadjubando y oponiendose al pleyto por su derecho don Francisco Antonio, hijo tercero del dicho Reo, que por muerte de don Pedro y don Garcia sus hermanos mayores, sucedio en ellos.

Conforme a lo qual, en este papel se fundaran dos Articulos.

El primero, que don Pedro Rol, Reo deste pleyto, deue ser absuelto y dado por libre, y q̃ contra el no se ha intentado la demanda legitimamente.

El segundo, que don Francisco Antonio deue ser declarado por legitimo sucessor de los mayorazgos de los Ouandos.

Y en el discurso destos Articulos se satisfará a algunas pretensiones tacitas del Actor, que aunque no estan deduzidas en su demanda, para mayor demonstracion de la justicia de los Reos, se excluiran los fundamentos dellas.

Primero Articulo.

5 EL Actor entra en su demanda reiuendicãdo contra don Pedro, Reo, o el mayorazgo de los Roles, con el acrecentamiento del tercio y quinto, que hizo Francisco de Ouando el rico, al dicho mayorazgo de los Roles, o el mayorazgo de los Ouandos, que fundò Francisco de Ouando el viejo: y assi le incumbe prouar dos cosas, dominio de su parte, y possession de parte del Reo demandado, l. officium, l. in rem actio, ff. de reiuind. vbi commun. DD. Abb. in cap. examinata, de iudic. num. 7. ibi: *Nota, quod in reiuindicatione requiruntur duo extrema, vnum ex parte agenty, scilicet dominium, aliud ex parte rei, scilicet possessio, vel detentatio, vt in l. si in rem, l. officiũ de reiuind.* Ludouic. Gom. in §. omnium instit. de action. ibi: *Nota tertio, quia ad causandam reiuindicationem duo extrema requiruntur, dominium, vel quasi ex parte agenty, & possessio, vel quasi ex parte conuenti.* Innocen. in dict. cap. examina. n. 2. Bellam. n. 18. Barbac. n. 2. Anton. de Butri. n. 3. pluribus in id aductis probat Paz, in prax. tom. 3. §. 3. n. 3. vsque ad 12.

6 ¶ Ninguno destos dos requisitos prueua, ni puede prouar el Actor contra dõ Pedro Rol, Reo deste pleyto: porque si pretende indiferentemente reiuendicar, o el mayorazgo de los Roles, por causa de posseer el Reo tambien el mayorazgo de los Ouandos; no posseyendo dõ Pedro Rol, Reo, el mayorazgo de los Ouandos, cessa la causa que pudiera en el fundar el dominio: y si pretende el mayorazgo de los Ouãdos, cessa el segundo requisito, que es no posseerlo el Reo: & sic de ninguna manera puede fundar la accion.

No

No niega el Actor, que don Pedro Rol, Reo deste pleyto, aya tenido elecion para suceder en el mayorazgo de los Roles, o en el mayorazgo de los Ouandos; antes por su demanda solo pretende vno de los dos mayorazgos, presuponiendo certeza del derecho del Reo en vno de ellos.

7 ¶ Siendo assi, que don Pedro Rol, Reo, sucedio en el mayorazgo de los Roles, y le ha posseydo muchos años, en tiempo que le hallo la sucession libre de otro mayorazgo, y conforme a la disposicion de Fr. Martin Rol, por muerte de doña Luysa de la Peña, que despues se llamò doña Teresa Rol, madre del dicho Reo, como su hijo mayor, tiene llamamiento claro y expresso, y entró legitimamente en la sucessiõ: porque las palabras del llamamiento son: *Y despues de los dias de la dicha su sobrina, suceda su hijo varon legitimo, y su nieto y visnieto varon legitimo, para siempre jamas: y no teniendolos, sucedan las hijas, y sus nietos varones, prefiriendo el varon a la hembra, y el mayor al menor*, memor. fol. 3. pag. 2. in princip. De suerte, que vacando la sucession del mayorazgo, por muerte de doña Luysa de la Peña, q̃ se llamò despues doña Teresa Rol, nieta de Teresa Rol, primera llamada, y siendo su hijo mayor el dicho don Pedro Rol, Reo deste pleyto, legitimamente adquirio la sucession deste mayorazgo: y en este caso, ningun hermano menor suyo tuuo llamamiento, ni pudo adquirir derecho alguno en los bienes del dicho mayorazgo, por no ser llamados: ex quo la parte del Actor præcise excluditur ab actione reiuindicationis, cum primum requisitũ probationis dominij ex ipsa maioratus institutione deficiat.

8 ¶ El caso en que el hijo segundo pudiera tener llamamiento, por auer eligido don Pedro

 Rol,

Rol reo deste pleyto el mayorazgo de los Quã dos, no ha llegado, y assi tampoco en esta causa podrá el actor fundar dominio, porque han de concurrir dos cosas para la acquisicion, videlicet esse vocatum, & casum vocationis euenisse, Socin. senior, cons. 63. col. 3. lib. 1. Crauet. cons. 161. num. 16. Menoch. cons. 97. num. 97. & 103. & 105. lib. 1. Roland. cõs. 56. num. 4. lib. 3. Burg. de Paz, cons. 34. num. 21. Hondedeo, cons. 60. num. 12. & cons. 78. num. 9. lib. 1. Hyppol. Rimi. cons. 110. num. 15. & cõs. 171. num. 87. lib. 3. Azeued. cons. 18. num. 18. porq la sustitucion que se ha de fundar en el cumplimiento de vna condicion, no tiene lugar, sino se verifica que la condició está cumplida, cum dispositio conditionalis, non possit habere effectum ante implementum conditionis, l. legata sub conditione, ff. de condit. & demonstr. l. cum ad præsens, cum duabus seqq. ff. si certũ petat. Bart. in l. 1. num. 8. ff. de condit. & dem. Grato, cons. 81. num. 79. lib. 2. Paris. cons. 19. num. 45. & 46. lib. 2. Menoch. cons. 388. num. 15. lib. 4.

9 ¶ Y como para que tenga lugar el llamamiento del hijo segundo por la disposicion del mayorazgo de los Roles, pende de que el hijo primogenito elija la sucessión de otro mayorazgo, como lo denotan las palabras de la clausula, ibi: *Por ende mando, que casando con hombre q tenga, o aya de heredar otro mayorazgo, que si huuiere dos fijos, o mas, que sea en eleccion del primero tomar, o suceder en el mayorazgo que le viniere, o pudiera venir por sucessión por su padre, o tomar y venir a este, q por razon, y herencia y sucessión de la dicha doña Teresa Rol le podria venir; por manera, que eligiendo el hijo primero el mayorazgo de su padre para si, mando que suceda y venga este mayorazgo al hijo mayor varõ de*

de los otros sus hermanos: Con que se forma el llamamiento del hijo segundo debaxo de la condicion que induzen las palabras: *Eligiendo el hijo mayor el mayorazgo de su padre*: porque el gerúdio en ablatiuo, quando mira al tiempo futuro induze condicion, y significa lo mismo que si dixera: *Si el hijo mayor eligiere*, l. si tu ex parte, vbi glos. verbo, *ad eundo*, ibi: *Idest si adiberis*, ff. de adquir. hæred. vbi Bartol. num. 2. vers. *Vltimo nota*, idem in l. 1. ff. de condit. & demonstr. num. 36. Decius, cons. 436. num. 6. Alex. Ludouis. decis. 187. num. 6. Corn. cons. 90. num. 5. lib. 4. Paris. cons. 19. num. 4. lib. 2.

10 ¶ Y para que esta disposicion no pudiesse tener dificultad, el dicho Fr. Martin Rol prosiguiendo a declarar con mayor expression su concepto, en el caso del llamamiento del hijo segundo, para exclusion del primogenito que eligiesse, prosiguió la clausula, diziendo: *Por manera, que eligiendo el hijo primero el mayorazgo de su padre para si, mando que suceda y venga este mayorazgo al hijo mayor varon de los otros sus hermanos*: illa enim dictio, *de manera*, Latinè, *ita vt*, operatur declarationem ad casum expressum, Barbos. de diction. dict. 158. Cenedo pract. Cano. quæst. sing. 38. n. 7. Dom. don Iuan del Castillo, lib. 5. controuersi. c. 177. n. 16. 2. p. y la geminacion de la palabra, *eligiendo el hijo mayor*, denotan la precisa intencion, y quitan toda la duda, para que no se pueda entender formado el llamamiento, nisi eo casu, quo primogenitus elegerit alium maioratum, Gratia. discep. 651. n. 5 & 6. & disceptat. 737. n. 4. Dom. Ioan. del Castill. lib. 4. quotid. an. cap. 55. á n. 1. cum pluribus sequentibus, Casanat. cons. 4. n. 146 pluribus in id congestis.

11 Y no solo está la dicha condicion geminada,

nada, pero triplicada ad maiorem expressionē, & declarationem, porque prosigue la clausula, diziendo: *De manera, que naciendo y viuiendo dos hijos de la dicha mi sobrina, vno puesto que sea el primero, no pueda tener dos mayorazgos, saluo que eligiendo y escogiendo el primero fijo para si el mayorazgo de su padre, este mayorazgo y sucession de su madre passe al hijo segundo.* Y esto denota mas precisa restriccion al caso propuesto, de auer de elegir el hijo primogenito otro mayorazgo, para que pueda suceder el segūdogenito, Decius, cons. 504. n. 8. Craueta, cons. 54. n 7. Roland. cons. 61. n. 40. lib. 3. porque quien tiene por si la disposicion tantas vezes geminada, dicitur habere voluntatem indiuidualem, & casus determinatiuam, Dom. D. Ioan. del Castill. dict. lib. 4. cap. 52. num. 20. & seqq. porque fueran ociosas todas las dichas geminaciones, sino denotaran la precisa restriccion al llamamiento del hijo segundo, en solo el caso de eligir el primogenito otro mayorazgo.

Vndè, si el dicho don Pedro Rol actor, pretendiēdo suceder en el mayorazgo de los Roles, le incumbe prouar, que don Pedro Rol reo eligio el mayorazgo de su padre, cum alleganti conditionem extitisse incumbat onus probandi. l. ex his, C. quando dies legat. ced. Alciat. in tract. præsum regul 3. præsump. 3. n. 2. Mantica, de coniectu. lib. 11. tit. 16. n. 5. Socin. iun. cons. 67. n. 1. & seq. colu. 4. quod indubitatum est quando implementum conditionis consistit in facto, l. obseruatio, C. de non numera pecun. Mascard. conclus. 343. num. 6. lib. 1. y esto no solo no lo ha fecho, pero consta euidentissimamente, que el dicho don Pedro reo sucedio en el mayorazgo de los Roles, como primogenito de doña Luysa de la Peña,

que

que se llamò doña Teresa Rol en tiempo que no tuuo otro mayorazgo, para que llegasse el caso de auer de elegir, y que auiendo posseydo muchos años quando se le difirio la sucession del de los Quandos, eligir el quedarse con el mayorazgo de los Roles, sine actione experitur eum conditio, non solum non est ad impleta, sed defecta, cum ea quæ sub certa conditione sunt data, sub contraria conditione censentur adempta ex vulgatis: y el defeto de la condicion obra, que no se entienda auer llamamiento del hijo segundo, l. sed & si quis, §. 1. ff. de vsufruct. ibi: *In pendenti esse dominium, & numerationem precij declaraturam cuius sit*, l. qui res 98. §. rem autem. ff. de solut. ibi: *Et vtique cuius fuerit euentus declarat*, l. qui ex fratribus 24. ff. de cōdit. institut. ibi: *Quia verum est eos coheredes institutos, verum emolumento portionum euentu nuptiarum discretos*, l. etiam, §. si patronus, ff. de bonis liberto. ibi: *Aut enim impleta est, & purè institutus est, aut non est, & nec heres institutus est*, l. si pupillus 26. ff. de cond. institut. l. fin. §. Titius, ff. de vulgar. vbi Iass. num. 3. Cephalo, cons. 56. nu. 11. ibi: *Sed deficiente conditione perinde est, ac si facta non fuisset*, vbi in id plura expendit Gemini. cons. 106. in princip. vers. *Secūdò ad idem*, Rom. cons. 421. num. 2. vbi apostilla, verbo, *non nascitur*, Roland. cons. 38. num. 20. lib. 3. Alex. cōs. 127. lib. 7. n. 2. aunque la condiciō se induzga por ablatiuos absolutos, quia dispositio cessat si non impleatur, Bald. cons. 483. num. 3. vers. *Sed ablatibus*, lib. 5. Calderin. cons. 545. aliás 1. de verb. signific. cum certum sit conditionem nihil ponere in esse, nisi purificata conditione.

12 ¶ Para euadir la fuerça deste fundamento pretende el actor prouar, no el cumplimiēto de la condicion, sino que por auer renunciado

ciado el dicho don Pedro Rol reo (quando se le difirio el mayorazgo de los Ouandos) la sucessión del en don Pedro de Ouando su hijo primogenito, por cuya muerte don Garcia de Ouando, y despues don Francisco Antonio, la condició se ha de tener por cumplida, y auer llegado el caso del llamamiento, por dezir que la dicha renunciacion fue maliciosa, y para priuar a su hermano de la sucessión del mayorazgo de los Roles: y para fundar la malicia considera, que no es verisimil, que sino fuera con este fin el dicho don Pedro reo no eligiera el mayorazgo de los Roles, siendo el de los Ouãdos paterno, y de mayor renta, y teniẽdo obligacion a preferirle, ex consideratis à Molin. de primogen. lib. 2. cap. 14. nu. 37. & 38. Gasp. Anton. Thesau. lib. 1. quæstio. forens. quæst. 34. num. 6. ibi: *Accedat in decens esse primogenito hæredi dimittere nomen, & arma suæ familiæ:* & ex traditis à Ripa, in rub. de secund. nupt. num. 7. & 12. & respons. 1. sub tit. de substit. num. 15. Alciat. respons. 101. num. 16. in fin. Roland. cons. 58. num. 80. vol. 3. Nata, cons. 676. num. 41. lib. 4. siendo assi, que los hijos, cum patris familiam sequantur, l. familiæ, ff. de verb. sig. siempre se inclinan a lo que puede conseruar esta memoria.

13 ¶ Insuper, la renunciacion fecha por el dicho don Pedro reo en su hijo, del mayorazgo de los Ouandos, siendo dolosa no saca los terminos de la contrauencion, porque el que renuncia con dolo, habetur tanquam si ipse possideret, l. 1. ff. si quis omis. caus. test. l. Iulianus 26. l. 2. l. mater 27. §. fin. l. si seruum 28. ff. eod. tit. l. 1. §. penultim. ibi: *Dolo malo fecisse videtur quominus possideat, qui ad alium transtulit possessionẽ per fraudem*, l. etiam, §. fin. ff. de boni. liberto. ibi:

ibi: *Sed si dolo malo fecit quominus habeat, hoc quoq; voluit prætor pro eo haberi, ac si in bonis eius esset*, l. liberto. 80. ff. de eodem, l. si partem, §. fin. ff. quemadmod. seruit. amit. l. qui dolo, ff. de reg. iur. Y esto procede con mayor razon, quando la renunciacion se haze por el padre en el hijo, por cuya persona puede posseer, d. l. Iulianus 26. ibi: *Non enim caret dolo pater, qui onere proprio omisso, propter compendium alienam substitutionem maluit:* quia lo que el padre está prohibido adquirir por su persona, no la puede adquirir por la de sus hijos, l. quæritur, ff. de bonis libert. ibi: *Non admittantur ad bonorum possessionem, ne qui suo nomine à possessione bonorum sumobentur per alios eã consequantur:* notat in pulcro casu Greg. Lopez, in l. 3. tit. 13. par. 6 glos. verbo, mugeres, q. 17. vers. Quid autem si testator, Molin. lib. 2. cap. 4. num. 59. & 60 donde funda, que el que tiene derecho de eligir no podrá eligir a su hijo, quia ex tali electione quodammodo videretur seipsum eligere; porque por esta renunciacion viene el padre a quedarse con lo mesmo que renuncia, l. sicuti, §. super vacuum, ff. quib. mod. pign. vel hyp. soluit.

14 ¶ Y añadirá la parte contraria a esto la resolucion de los Doctores, en la l. 7. tit. 7. lib. 5. recop. por la qual en terminos de aquella ley, quando le compete a vno eleccion de dos mayorazgos, ora sea por disposicion de ley, o por disposicion de hombre, el mayorazgo no eligido ha de passar al hermano del eligente, y no a sus hijos, ex latè cõgestis nouiter à Dom. don Iuan del Castillo, lib. 5. quotid. contr. iur. cap. 177 à num. 1. vsque ad 7. y que asi la renunciacion fecha por el dicho don Pedro, nullius est momenti, quia facta in eum qui succedere, non debuerat est iudicanda, ac si facta nõ

fuisset,

fuisset, cap. 1. de succes. fæud. cap. 1. §. donare hoc quoque,& ibi Bald. qualit. feud. alien. poss. cap. 1. de grad. succe. Bald. cons. 38. & 39. vol. 1. Fachin. controu. iur. lib. 7. cap. 10. fol. mihi 380. dom. Molin. lib. 1. cap. 6. num. 45. & lib. 3. cap. 2 num. 21. & 24. Mieres, 3. par. quæst. 18. num. 10. & 13. Velazq. de Auéd. in l. 45. Taur. glos. 2. n. 6. dom. don Iuan del Castill. lib. 3. quotid. cap. 12. a num. 107. Anton. Gom. in l. 40. Taur. num. 70 Anton. Thesaur. lib. 1. quæst forens. quæst. 34. num. 11. Y presuponiendo la renunciacion, adquisicion y nulidad, en el efeto de traspassar el derecho en otro, precisamente se ha de juzgar el Reo por posseedor de todos los dichos mayorazgos; el de los Roles, porque lo eligio; y possee el de los Ouandos, porque lo adquirio, y lo renunció en quien no lo pudo renunciar.

15 ¶ Todos estos fundamentos contrarios tienen facilissima respuesta; y con ella se haze mas euidente la justicia del dicho don Pedro Rol, Reo deste pleyto. Aduirtiendo, que todas las vezes que vn acto se haze en conformidad de la voluntad del que dispone, dicitur dolo carere, como se dize que tiene dolo el acto que se haze, procurando frustrar la voluntad del que dispone, que es la razon en que se funda el edicto, que se introduxo por el titulo, si quis omissa caus. testam. ff. & C. donde para conseruar la voluntad de la disposicion, no se permite que el heredero instituydo alio modo, quam ex institutione hæreditatem acquirat: porq̃ deuiédo el instituydo pagar legados, o restituyr los bienes de la herencia por fideicomisso, repudiãdo la herécia para suceder abintestato; o para que el sustituto por quien adquiere suceda, o otra persona, consilio inito defraudandi eo ipso, se presume dolo, y el derecho sustenta los legados y fidei-

y fideicomissos en los mismos bienes, como se prueua por los textos alegados in principio oppositionis: porque la disposicion del Pretor se funda, en la fraude que se haze al testuar, vt eleganter aduertit Gofredus, in d. l. Iulian. num. 6. ff. si quis omissa caus. test. Pero en estos mismos terminos, si el heredero instituydo tuuiesse por si la voluntad del testador, de poder repudiar y adquirir por otra qualquier causa abintestato, vel ex substitutione, no se diria que era este fraude, sino que vsa del derecho y facultad que le concedio el testador, l. 1. §. si proponatur, ff. si quis omis. caus. testam. dicens: *Si proponatur idem institutus & substitutus, & prætermisserit institutionem, an incidat in ædictum quæritur, & non putò incidere quasi testator, hanc ei dederit facultatem, qui eam substituit*, vbi Bartol. & cæteri DD. id expresse notant, l. qui autem 6. §. *planè si nominatim id ei permisit, dicemus ei, nõ incidere in ædictum, quia vsus est facultate, & quam ei testator concessit*, vbi glos. verbo, concessit, l. Iulianus 26. §. *denique si filiæ pater substitutus addit hæreditatem, nihil cum dolo facere Iulianus existimat, quia nemo filiæ patrem contra votum parentum substituere videtur, sed vt arbitrium eligendi relinquat*, ff. eod. tit. si quis omis. caus. l. fi. C. de codicil. Bald. in rub. C. si omis. caus. testa. num. 4. vers. Secundo, quando testator expresse permisit, & in l. 1. eiusdem tituli, num. 1. ibi: *Qui vtitur facultate quam testator concessit, sibi non dicitur dolo facere*, Paul. de Castr. in rubric. eod. tit. C. ibi: *Vel nisi dedisset ei licentiam abstinendi, vel repudiandi*. Et in l. 1. eod. tit. num. 2. ibi: *Eo autem casu quo data esset licentia, & appareret hæc non possent dici repudiata in fraudem, etiam si participasset cum substituto*. Gofredo, in l. 1. §. prætermittere autem, ff. eod. tit. num. 4. & 5. & in l. qui autem 6. n. 18. ibi: *Sed immo non incido in ædictũ si sic omit-*

tam institutionem, vt ex substitutione possideant, quia testator mihi de substitutione prouidit, quæ prouisio necessario contingit in casum, non existentis institutionis; quapropter videtur mihi dedisse facultatem omittendi institutionem. Odofredo, in l. qui autem 6. ff. eod. ibi: *Istud est verum cum non volũtatem defuncti omittit:* eleganter more solito in terminis dom. don Ioann. del Castill. quotidian. controuer. iur. lib. 5. cap. 179. num. 8. vbi a principio capitis plura in comprobationem notat.

16 ¶ Desto resulta fundamento ineuitable, que excluye el dominio en el Actor contra el dicho don Pedro, Reo: porque si el susodicho, cõforme a la voluntad de fray Martin Rol, fundador, pudo eligir el mayorazgo que possee, ningun acto de renũciacion que aya fecho, se puede dezir que la hizo en fraude, sino precisamẽte en conseruaciõ de su derecho, ex supradictis.

17 ¶ Y para que aya tenido la dicha elecion, las palabras son tan claras, que no admiten cõtrouersia, ibi: *Por ende mando, que casando con hombre que tenga, o aya de heredar otro mayorazgo, que si ouiere dos fijos, o mas, que sea en elecion del primero, tomar, o suceder en el mayarazgo que le podia venir por sucession de su padre, o tomar y venir a este; que por razon y herencia y sucession de la dicha doña Teresa Rol le podria venir.* Las quales son el texto por donde se ha de gouernar la voluntad, plura in comprobationem adducit dom. don Ioan del Castill. lib. 4. cap. 6. a num. 7. præcipuè num. 12. ibi: *Quod verba contractus habeatur pro textu, cui magis credendum est quam glossæ.* Et inferius, ibi: *Quod si in omni materia & dispositione, ita est in testamentis æquidem, & vltimis voluntatibus, vbi voluntas prædominatur a fortiori verba ipsa testamenti inspicere debemus mature, vt iudicium defuncti seruemus ad vnguem,* l. Gallus, §. 1. ibi: *Quod ex verbis concipi potest*

l. cum

l. cum virum verbis comprehensum esse, C. de fideicõ. quia cum in verbis non est ambiguitas, non admittitur voluntatis quæstio ex vulgatis.

18 ¶ Vnde, si don Pedro Rol, Reo, auiendo sucedido en el dicho mayorazgo de los Roles, quando se le difirio la sucessiõ del de los Ouãdos, tuuo por voluntad del fundador, derecho de eligir el acto del renunciar el mayorazgo de los Ouandos, no se puede tener por doloso: porque fue precisamente necessario, para obtener con seguridad el de los Roles que quiso retener; hora se presuponga que posseyesse tambiẽ antes de la renunciacion el mayorazgo de los Ouandos; hora que no le posseyesse: lo qual suplicamos a V.m. considere con la atencion que suele.

19 ¶ La disposiciõ del mayorazgo de los Roles, que es el que possee el Reo, no impide la adquisicion de otro mayorazgo al posseedor; solo prohibe el tenerlos ambos a dos juntos. y en esto està tambien la clausula clara, memor. fol. 4. ibi: *E que puesto que tenga el otro mayorazgo, tome qual dellos quisiere, y dexe el otro para la persona q̃ le pertenezca.* Et ibi: *E que a esta elecion de los dichos dos mayorazgos, quando acaeciere se haga, o sea fecha por el dicho fijo mayor, luego q̃ ouiere, o fuere de edad cumplida, si fuere viuo aquel por cuya causa sucede en el dicho mayorazgo: y si fuere muerto, luego que muriere la tal persona, por cuya muerte es llamado a el; la haga dentro de sesenta dias que fuere requerido, siendo de edad cumplida: y si fuere menor, la haga con consejo de su tutor, o curador, dentro del dicho plaço de como fueren requeridos: e non la haziendo, por el mismo hecho passe este dicho mayorazgo al fijo, o fija segunda.* Porque dando elecion, quæ necessario præsupponit esse inter duo, vt in l. vnum ex familia, con todos sus §§. ff. de leg. 2. & in l. cum quidam, &

in

in l.cum pater, §. a filia, ff. eod. tit. & in l. vtrum la 2. ff. de assignand. libert. vbi communiter scribentes, Anton. Gom. in l. 17. Taur. num. 19. Y auiẽdose de hazer post delatam successionem amborum maioratum, vt eleganter considerat dom. Christoph. de Paz, in tract. de tenut. cap. 57. num. 212. ibi: *Concludimus igitur tempus delatæ successionis parentis respiciendum esse, &c.* Y diziendo, que esta elecion se aya de hazer dentro de sesenta dias, y no haziendola, priua del mayorazgo, esta priuacion presupone necessariamente habito, l. decem, ff. de verb. obliga. l. 4. de diuortij, glos. 1. in l. 4. de acquirend. hæred. §. seruus, instit. de capit. diminut. Ancharr. cons. 179. Alex. cons. 152. lib. 6. Farinac. decis. 371. tom. 1. nouis. num. 1. Porque la dicha elecion, dada cõ termino, que ha de tener principio en el requerimiento, antes de passarse el termino, no induze priuacion, ni contrauencion, ex late congestis a Ioseph. de Rustic. in l. cum auus, lib. 6. cap. 5. num. 18. Gratian. discept. 223. num. 44. dom. don Ioan del Castill. lib. 5. cap 94. num. 11. prope finem.

Porque no se puede compadecer (principalmente en sucession de mayorazgo, que luego que muere el sucessor, se passa la possession en el siguiẽte en grado) que se aya de hazer la elecion dentro de sesenta dias despues de requerido; y que se diga, que por esta disposicion, que dà elecion dentro de dos meses, se impide la adquisicion.

20 ¶ Ni obstarà, si se replicare a esto, que por la adquisicion de los mayorazgos de los Ouandos, que por sus disposiciones, por la obligaciõ de traer el apellido y armas de los Ouandos, se prohibe la junta, es preciso que se entienda que vaçò el mayorazgo de los Roles, argumento

text.

textus, in Clementina gratiæ de rescriptis, & ex notatis à Zauarela ibidem, num. 1. notabili 6. & 8. Nauarro, in cap. si quando, exceptione 6. num. 1. 2. & 6. de rescriptis, Geminian. in cap. si pauper, num. 3. de præbend. in 6. Hieronym. Gonçal. ad regul. 8. Cancellar. glo. 53. num. 57. qui omnes probant per assecutioné alterius beneficij incompatibilis videri renunciatum primum; porque fuera de que el argumento de beneficios a mayorazgos no corre con igualdad donde no huuiere priuacion ipso iure por la disposicion, como la ay de derecho en los beneficios incompatibles: esta resolucion no corre quando la acquisicion no es perpetua, sino temporal, vt resoluit glos. in d. cap. si pauper, verbo, *cesset causa mandati*, vbi plura iura in id expendit, & ibi Archidia. Anton. de Butrio, num. 7. allegans Ioan. Andream: y la acquisicion de vn mayorazgo, teniendo otro con derecho de eligir, non est ipso iure extintiua de la sucesion acquirida, vt sentit Archidiaconus, vbi sup. ibi: *Neque obstant contraria, quia locum habent quando superueniens factum, non est extintiuum actus præcedentis, de quo agitur*: porque auiendo dado eleccion la disposicion del mayorazgo de los Roles, eo ipso, dispensò por aquel tiempo la incõpatibilidad, nam ex philosopho, qui dat formam, dat consequentia ad formam, & qui vult consequens videtur, etiá velle suum necessarium antecedens, l. illud, ff. de acquirend. hæredit. Ancharr. cons. 261. in prin. Paul de Castr. cons. 306. col. 1. vers. Qui autem, lib. 2. Abb. cons. 101. col. 2. num. 3. lib. 2. Ange. Aretin. cons. 20. num. 21. in fin. Alex. cons. 10. num. 3. lib. 5.

21 ¶ Quod insuper non obstabit, nam vt inferius dicetur, los grauamenes de apellido y

armas que causan la incompatibilidad entre los mayorazgos de los Roles, y de los Ouandos, no estan puestos in vim conditionis, sed in vim modi; y assi no es incompatible la junta en la acquisicion, sino en la conseruacion, ex iuribus, & Doctoribus, infra num. alle-gandis.

22 ¶ Ni será de consideracion la resolucion del señor don Christoual de Paz, en lo de Tenuta, cap. 57. num. 213. & 214. & 215. 2. par. q̃ resuelue en terminos de la l. 7. tit. 7. lib. 5. recop. que quando concurriessen por casamiento dos mayorazgos incompatibles, no podria el primogenito eligir el de menos renta, para defraudar al hijo segundo de otro matrimonio de la sucessión del tal mayorazgo eligido, si eligiendo el de mayor renta, en que no pudo suceder el segundogenito, por ser penitus extraño, respeto del sucediera en el eligido, porq̃ los terminos son desiguales, y en tal caso la eleccion parece hecha en fraude succedere debentis, pero donde ay en la mesma descendencia quien tiene llamamiento para el que no se elige, no puede militar aquella razon.

23 ¶ Vltra de que por los mismos fundamẽtos del señor don Christoual de Paz queda cõuencida su resolucion, pues en el caso contrario de ser de mayor renta el mayorazgo eligido por el primogenito, aunque no pueda suceder en el no eligido el segundogenito, se sustẽta la eleccion, & non dicitur facta in fraudem, & magis, & minus non faciunt differre dispositionem: Y alegando como alega la dotrina de Bartulo, in l. si mihi, & tibi. ff. de leg. 1. que se funda en el cap. fin. de renunt. lib. 6. claro està que siente, que su dotrina ha de proceder donde no ay clara disposicion del fundador, de

ro
poder eligir el que quisiere, como lo hemos fundado, supra num.

24 ¶ Principalmente, que como resulta de la disposicion del dicho Fr. Martin Rol, aunque considerô ventajas en otros mayorazgos que podian tener los varones que casassen con las hembras llamadas a su mayorazgo, nihilominus tamen dio eleccion al primogenito, porq̃ su intencion solo fue prohibir la junta, sin acêcion, de que de la eleccion se causasse, ó no perjuyzio, & vtens iure, sibi competente nemi ni iniuriam facit, ex traditis supra.

25 ¶ Si se considera al dicho don Pedro Rol reo, que no posseyò, ni pudo posseer el mayorazgo de los Ouandos, por estar impedido cõ la possession del mayorazgo de los Roles, y que los grauamenes que causan la incompatibilidad en el mayorazgo de los Ouandos, que los tiene, de quo infra, estan puestos in vim conditionis, que impidieron la acquisicion: hecha la eleccion por el dicho don Pedro reo del mayorazgo de los Roles, no puede pretender el actor el dicho mayorazgo contra voluntatem defuncti, l. illis libertis, ff. de condition. & demonstr. ibi: *Contra voluntatem defuncti petẽs audiri non debet*: porque conforme al sentido literal y expresso de las palabras, eligiendo don Pedro reo queda legitimo sucessor en el mayorazgo de los Roles, por el llamamiẽto expresso de primogenito, y por la eleccion que hizo, aũ en tiẽpo que no fue requerido; porque lo que induzen las palabras, fue la mente, e intenciõ del fundador, & id dicitur vera interpretatio, ex latè congestis á Dom. don Iuan del Castill. lib. 4. cap. 6. per totum. Y siendo legitimo sucessor, por ningun camino en quanto al mayorazgo de los Roles, puede pretender el actor q̃ tiene

tiene fundamento de dominio para reiuindicar el dicho mayorazgo, porque este reside en el dicho do Pedro reo, absque rei hibersatione.

Tampoco le funda en quãto al mayorazgo de los Ouandos, porque suponiendo los casos siguientes, en qualquiera dellos actor destitutus est iure.

26 ¶ El primero es, en caso que el dicho don Pedro reo ouiesse adquirido el mayorazgo de los Ouandos, y por su acquisicion, respeto de tener el mayorazgo de los Roles, y auerle posseydo tanto tiempo, contrauenido a los grauamenes de apellido y armas del mayorazgo de los Ouandos, que lo tiene, y que por esta contrauencion huuiesse de perder la sucesion del dicho mayorazgo de los Ouandos, siendo asi, que por la disposicion del de los Roles, como hemos fundado, aunque adquiriesse el de los Ouandos, tuuo dos meses despues de requerido para poder eligir, como eligio, con que quedó confirmada la contrauencion al mayorazgo de los Ouandos, y en este caso, para suceder en el mayorazgo de los Ouandos, le incumbira al actor prouar que tiene llamamiento, y como fundaremos en el segũdo articulo, de ninguna manera le tiene.

27 ¶ El segundo caso es, no auiendo adquirido el mayorazgo de los Ouandos, y en este caso corre la misma razon, que no sucederá, si no quien tuuiere llamamiento, y el actor no le tiene.

28 ¶ El tercero es, dado que el dicho don Pedro reo se entienda, que por la renunciacion que hizo quiso adquirir, aunque fuesse condicional la disposicion con la eleccion que se le permitio por el mayorazgo de los Roles, precisso es que quedo priuado de los mayorazgos de

de los Ouandos, y que si la renunciacion que hizo fue en quien tenia el llamamiento de los Ouandos, que aliás sin ella sucediera, tampoco en este caso tiene el actor derecho alguno: y como en el segundo articulo se fundará, quien tuuo legitimo llamamiento por el mayorazgo de los Ouandos, por auer hecho el dicho don Pedro eleccion del mayorazgo de los Roles, fueron los hijos del dicho don Pedro.

29 ¶ Ni será de consideracion lo que en la oposicion se considera, de que siẽdo el mayorazgo de los Ouandos mas antiguo, de mayor renta, de la familia del padre del Reo, tuuo obligacion a preferirle por las dotrinas del señor Molina, Thesaur. y otros: porque esto no procede ex necessitate iuris, sed ex quadam decentia, de la qual se puede apartar el que tiene voluntad de eligir pro libera eius voluntate, vt elegãter aduertit idem dom. Molin. dict. lib. 2. cap. 14. num. 45. dicens: *Illud autem animaduertendum est, quod quamuis ex quadam decentia maioratus successor, qui in duobus maioratibus succedere contingit debeat in nominis, atque armorum delatione præfatũ ordinem seruare, ad id tamen præcise adstringi nequit, sed consuetudine obseruatum est, vt ea possit pro voluntatis arbitrio ordine, quo voluerit deferre.*

30 ¶ Nec etiam oberit, la razon que en comprouacion de la oposicion se pondera, que siendo la renunciacion fecha por el dicho don Pedro, en el hijo que tenia in potestate, fue inualida, por lo que considera el señor Molina, lib. 2. cap. 4. num. 59. & 60. porque esto no es a proposito para este caso, donde el efeto de la sucessiõ no consiste en el derecho que dá la renunciaciõ fecha por el padre; sino en el derecho del llamamiento hecho por el fundador, el qual resultara de la misma manera, aunque no se hiziera:

 por

porque si por la elecion fecha por el dicho don Pedro, del mayorazgo de los Roles, era preciso que vacara el de los Ouandos (hora lo huuiera adquirido) ex contrauentione (hora no lo huuiera adquirido) ex iure succesionis, no pudo la renunciacion obrar efeto, que alterasse el orden de los llamamientos y personas que auian de suceder, cum hoc ex dispositione pendeat, & non ex facto alicuius tertij: y porque en el segũdo articulo se hará mayor demostracion desto, concluymos en este con auer fundado, que el dicho don Pedro Rol, Reo, por la elecion que hizo del mayorazgo de los Roles, segun la volũtad del fundador, es legitimo sucessor en el, y q̃ al actor le falta dominio para poder pretender el mayorazgo de los Roles, que el dicho dõ Pedro Reo possee.

31 ¶ Pidiendo el Actor el mayorazgo de los Roles, con el acrecentamiento fecho por Francisco de Ouando el rico, al dicho mayorazgo, pretenderá, que en caso que el mayorazgo fundado por fray Martin Rol, pertenezca legitimamente al dicho don Pedro Reo, por la elecion que del hizo, que por lo menos no le puede pertenecer el dicho acrecentamiento: porque conforme la clausula y condicion con que el dicho acrecentamiento se hizo, difiriendose la sucession del mayorazgo de los Ouandos, a Pedro Rol, padre del dicho Reo, manda que el dicho mayorazgo de los Roles passe en el hijo segundo del dicho Pedro Rol de Ouando; y que suceda el dicho Pedro Rol en el mayorazgo de los Ouandos: y que esta condicion, respeto del dicho acrecentamiento, se deue guardar, alias no puede el dicho don Pedro conseguir el dicho acrecentamiento, ex traditis a dom. Molin. lib. 1. de primogen. cap. 8. num. 35. ibi: *Is tamen qui ex bonis*

bonis suis aliquid maioratui adiungit poteritque eũque vincula, ac conditiones, tam antiquo maioratui, quam proprys bonis adycere, nec is qui in bonis eius successerit poterit nouum maioratum consequi, & ex bonis antiqui maioratus nouas conditiones reycere, sed aut debet bona nouiter maioratui addita relinquere, aut ipsas cõditiones admittere, l. filius familias, §. cum pater, vbi omnes scribentes id notat, ff. de leg. 1. Idem notat dom. Ioan. del Castill. lib. 3. quotid. controuers. cap. 10. num. 9. in principio nu. Y que en esto estan las palabras de la clausula claras, ibi: *Con tanto, que si lo que Dios no quiera, Francisco de Ouando nuestro hijo legitimo mayor, muriere sin dexar hijos legitimos, o en qualquier manera que el dicho Pedro Rol nuestro hijo, ouiere y heredare el mayorazgo que yo el dicho Francisco de Ouando al presente posseo, que en tal caso se ha de llamar y llame el dicho Pedro Rol de la Cerda nuestro hijo, Francisco de Ouando, e sus descendientes, que sucedieren en el dicho mayorazgo, que yo el dicho Francisco de Ouando posseo: y el mayorazgo que vos el dicho señor Pedro Rol de la Cerda nuestro hermano, teneys e posseeys, suceda y venga en el hijo segundo de los dichos Pedro Rol de la Cerda nuestro hijo, e de la dicha doña Luysa de la Peña vuestra hija, con sus armas e apellido, o en hija, o a falta de hijo, o auiendo dos hijas, que lleue cada vna su mayorazgo,* memor. fol. 7.

32 ¶ Lo qual coadjubará con dezir, que tambien fue condicion del dicho acrecẽtamiento, que el que sucediesse auia de tomar el apellido de Ouando, y que no pudiendose cumplir este precepto, tiene el actor fundada su intencion en la sucession del dicho acrecentamiento, tãto en quanto al dominio que se induze del llamamiento del hijo segundo, quanto a la possession que el dicho reo tiene del dicho acrecentamiento.

Aun-

Aunque esta pretension no está deduzida; porque el intento de pedir el mayorazgo de los Roles con su acrecentamiento, como cosa indiuisible, no se compadece con que se comprehenda en el pedimento, de que se diuida el acrecentamiento del mayorazgo: toda via ne maneat locus dubitationi, se responderá a esta tacita pretension, como si estuuiera deduzida.

33 ¶ Y para su respuesta se aduierte, q̃ quando se trató el casamiento entre Pedro Rol de Ouando, hijo segundo de Francisco de Ouando el Rico, con doña Luysa de la Peña, sucessora en el mayorazgo de los Roles, se puso por capitulacion que se auia de hazer el dicho acrecentamiento al dicho mayorazgo, y se auian de vnir, e incorporar los bienes, para que fuessen vnos mismos con el mayorazgo de los Roles, como se dize en la clausula del dicho acrecentamiento, memor fol. 5. pag. 2. ibi: *El qual dicho tercio y quinto de nuestros bienes juntamos, anexamos, e incorporamos desde agora para siempre jamas, con el vinculo y mayorazgo que posseeys vos el dicho Pedro Rol de la Cerda nuestro hermano, y padre de la dicha doña Luysa de la Peña, para que perpetuamente para siempre jamas, sin fin, sean todos vno solo vinculo y mayorazgo, e cuerpo de bienes, para las mismas personas en el dicho vuestro mayorazgo llamadas, y con los mismos grauamenes, y condiciones, premias, posturas, clausulas, e sostituciones contenidas, declaradas, y especificadas en la escritura del dicho mayorazgo que posseeys vos el dicho señor Pedro Rol nuestro hermano.*

Desto nacen ineuitables respuestas, que excluyen la pretension contraria.

34 ¶ La primera, que siendo el dicho acrecentamiento fecho por via de vnion, e incorporacion en el dicho mayorazgo, no puede

tener

tener ſubſiſtencia de por ſi, ſino que preciſamẽte ha de ſeguir la naturaleza de la principal diſpoſicion, guardando en todo ſu naturaleza, Albert. Brun. in tract. de augment. & rebus additis, concluſ. 3. principali, num. 10. dicens: *Quod augmentum superueniens alicuius ſubſtantiæ ad præexiſtentem ſubſtantiam non reponit rem in diuerſa ſpecie*, vbi in id expendit Innocen. in cap. 1. de conſecrat. Eccleſ. vel Altar. & infra num. 11. hiſce verbis dictam propoſitionem probat: *Ex his arbitror maledixiſſe, Alex. conſ. 19. incipit, ſuper eo ſecunda col. in fin. dict. Vol. dum Voluit, quod ſi antiquæ conceſsioni prædiorum addãtur alia prædia per nouam conceſsionem dicatur noua conceſsio, quin immo Videtur, quod iſta nota additio regulari debeat ſecundum antiquam*. Y ſe remite a la quinta concluſion principal, num. 9. donde ex innumeris fundamentis reſoluit, que eſta nueua diſpoſicion ſurte el efeto de la primera, Cardinal. in Clementina ſtatutum, oppoſit. 2. de electione, Felin. in cap. cum olim, num 4. ad finem, de maioritate & obedientia, Ripa, reſponſ. 92. num. 7. Gregor. Lop. in l. 37. tit. 9. par. 6. verbo, ſe juntaſſe, Mieres, de maio 1. par. queſt. 10. in fin. num. 4. dom. don Ioan del Caſtill. lib. 3. quotid. cap. 10. num. 12. plura in comprobationem adducit, Surd. decif. 78. num. 11. eleganter Stephan. Gratian. diſcep. forenſ. 270. a nu. 44. cum ſequentib. tom. 2 idem Gratian. diſcep. 9. num. 16. & 17. tom. 1.

35 ¶ La ſegunda, porque el dicho aumento ſe hizo con expreſſa relacion al mayorazgo de fray Martin Rol, ibi: *Para las miſmas perſonas en el dicho Vueſtro mayorazgo llamadas, y con los miſmos grauamenes y condiciones, premias, poſturas, clauſulas y juſtituciones contenidas, declaradas y eſpecificadas en la eſcritura del dicho mayorazgo, que poſſeeys vos el dicho ſeñor Pedro Rol nueſtro hermano*. Las quales

 pala-

palabras obran por la dicha relacion, efeto verdadero de vnion y vnidad de naturaleza, vt eleganter probat Deci. cons. 362. & cons. 497. ponderando verba, *in illos, & per illos,* Berrec. cons. 74. post num. 32. ponderando verba, *iuxta vincula & substitutiones posita & ordinata per suos patrũ & auum, &c.* Grauera, cons. 987. post num. 85. quos in id expendit Casanat. cons. 56. num. 14. porque no es compatible, que se haga el aumẽto para los mismos que estan llamados en el mayorazgo de los Roles, y que este aumento en ellos mismos se aya de diuidir.

36 ¶ La tercera es, porque el dicho acrecentamiento no fue acto voluntario, sino necessario, por el contrato de casar el dicho Pedro Rol con la dicha doña Luysa de la Peña, y que ella fue la causa final, quia quidquid datur à patre filio, causa matrimonij cõtrahẽdi cũ certa vxore, dicitur datũ ex causa finali matrimonij aliás nõ daturo, vt ex Becio, cons. 20. n. 18. Neuis. cõs. 45. num. 27. Surd. cons. 163. num. 30. lib. 2. don Francisco de Leon, decis. 137. num. 22. & 23. dõ Ioan Francisco del Castill. decis. 106. num. 12. resoluit in terminis dom. don Ioan del Castil. lib. 5. quotidian. 2. par. cap. 172. num. 22. quod procedit absque difficultate, quando en la donacion que haze el padre al hijo, o en la manda se haze mencion repetida del matrimonio, como se hizo en el dicho aumento, vt eleganter considerat Molino, de pact. nupt. lib. 3. sectione 2. quæst. 12. num. 17. dicens: *Quæ sane ratio multo magis procederet, quando in eodem contractu donationis fuisset expressa contemplatio contemplatione matrimonij non semel, sed pluries quoniam ex geminatione enixa voluntas donatoris colligeretur, l. Ballista ad Trebelian. & animaduertit Becci. dict. cons. 20. num. 12. qui inibi subiungit, quod cum pactum hoc sit pars contractus matrimony, l. fundi partẽ, de contrahend. empt.*

l. venditor

l. venditor ex hæreditate, ff. de serui. exportand. cum alys a me citatis, quæst. 2. vers. Quinto adducitur, & q. 3. vers. Declara tertio, & declara sexto, & quæst. 6. vers. Communis hæc traditio confunditur cum ipso matrimonio, quod factum non fuisset, nisi donatio hæc præcessisset, vbi num. seqq. plura in comprobationē adducit.

37 ¶ Y en la escritura de aumento del dicho mayorazgo, no solo se halla la mencion del matrimonio repetida, pero dicciones, que ellas de su naturaleza denotan la causa final del hazerse: porque en el procmio se dize: *Que por quanto para seruicio de Dios nuestro Señor, e para confirmacion del deudo y amistad que entre nosotros ay, &c.* & sequitur, *se ha tratado y concertado desposorio y casamiento entre Pedro Rol de la Cerda, &c.* Et inferius ibi: *Portanto, porque los dichos Pedro Rol de la Cerda, y doña Luysa de la Peña nuestros hijos, se casen y velē, &c.* Et ibi: *Para sustentar las cargas del matrimonio por causa onerosa del dicho matrimonio, &c.* verba enim illa, *que porquanto,* latinè, *quia,* importat causam finalem, & necessitatem causatiuam, vt ex pluribus comprobat dom. don Ioan. del Castil. dict. lib. 5. 2. par. cap. 172. nu. 17. y el ser dichas en el procmio de la disposicion, denota el mismo fin, vt in numeris aductis comprobat, idem dom. Ioan. del Castill. vbi sup. num. 16. Y siēdo la causa final del dicho acrecentamiento el dicho matrimonio, della se ha de regular la disposicion como causa natural, que obra, que quando en la misma disposicion aya otra acidental, que pugnen sus efetos con la natural, esta se ha de preterir, y ha de obrar su efeto, Barto. in l. cotem fetro, §. qui maximos, num. 11. de publica. & vectigal. & in l. qui habet, num. 2. ff. de tutel. quem & Socin. Ruin. Alciat. Tiraquel. Neuiza. & alios, in id expendens probat, quasi in terminis

nis dom. don Ioan del Castill. quotid. controu. cap. 86. n. 17. cum seqq.

38 ¶ Vnde, para conocer la voluntad de Pedro Rol de la Cerda, y Francisco de Ouando el rico, en el contrato matrimonial, por cuya causa se hizo el acrecentamiento, se ha de atender la sugeta materia del matrimonio y naturaleza del acrecentamiento, que es ser adequado a la disposicion que se junta, vt eleganter considerat Casanat. cons. 56. num. 36. cum duobus sequentibus, dicens: *Primò, ex materia subiecta matrimonij, & pactorum dotaliũ, quæ suadet pro filijs, & decendentibus illius matrimonij voluisse vinculare, nã omnia pacta in contractu dotali adiecta reducẽda sunt ad fauorem matrimonij, secundum subiectam materiã, & secundum naturam contractus, & vt naturæ actus qui celebratur magis conueniant, Beroius, cons. 105. num. 24. lib. 1. Alex. cons. 26. num. 6. lib. 5. Nata, cons. 416. num. 3. Ruin. cons. 109. num. 4. lib. 1. Deci. cons. 388. num. 4. & 5.*

Inde hoc pactum substitutionis relatiuè, tanquam cohærens doti censentur pars contractus, & præsumitur sine eo Ludouicam non fuisse cõtracturam, l. fundi partem, ff. de contrah. empt. l. venditor ex hæreditate, ff. de serui. exportan. Riminal. in l. pactum quod dotali in fin. C. de pact. & in pulchro casu, Becci. cons. 20. num. 12. respicitque interesse, & commodum vtriusque coniugis, vt in simili alijs relatis expendunt, Menoch. cons. 261. num. 10. & Deci. cons. 20. num. 15. & numeris sequentibus plura in comprobationem adducit.

39 ¶ Quare, si el fin principal fue hazer el acrecentamiento por causa del dicho matrimonio, segun los vinculos y llamamientos del mayorazgo de los Roles; y esto està demonstrado y repetido, no se puede entender quod ex causa accidentali, y contra finalem substantiam &

H dispo-

dispositionem, quisiessen los contrayentes induzir diuision que destruyesse este intento.

40 ¶ Quod magis demonstratur ex eo, porque en vna disposicion como esta, lo sustancial della es adequar lo acrecentado a la naturaleza del mayorazgo a que se acrecienta, y lo accidental es las condiciones estrañas deste fin, ex traditis â Casanat. cons. 57. n. 55. & seqq. Y estas dos cosas son distintas, y de separada naturaleza entre si, c. pisanis, § porro, de restitut. spoliator. ibi: *Quorum primum ad factum alterum, vero referebatur admodum*, vbi glos. & Doctores notant, & in specie colligitur ex Molin. lib. 2. de primogen. c. 12. præcipuè, n. 2. ibi: *Aut enim agimus de ipsa maioratus institutione simpliciter, atq; absolutè sumpta, aut de vocationibus particularibus, quæ in ipso maioratu continentur*, vbi num. sequitur primam distinctionis partem prosequitur; siendo pues el fin principal, y causa sustancial, el hazer el dicho acrecentamiento y accidental la condicion que de contrario se pondera, viniendo a ser contrario lo vno a lo otro, esta contrariedad y perplexidad se ha de remouer, venciendo la causa final los accidentes, l. qui quadraginta, in princip. ad legem falcid. vbi Barto. n. 7. idem Bartol. in l. 1. de condit. & demoustr. n. 6. Simon de Prætis, lib. 1. de vltim volunt. interpret. 1. dubitat. 4. solut. 7. n. 6. Bald. in authentica hoc locum, num. 5. vers. Hoc modo videndus, C. secũdo nupser. muli. Bald. sequitur Mantic. de coniectur. lib. 2. tit. 15. num. 12. & post Paris. Bologne. & vtrumq; Socin. & alios, optimè Dom. dõ Iuan del Castill. lib. 3. quotidia. c. 10. nu. 18. omnino videndus.

41 ¶ Y ajustando a los terminos deste pleyto las dichas resoluciones, se halla vna volun-

tad clara de Francisco de Ouando el Rico, y su muger, de hazer el dicho acrecentamiento al mayorazgo de los Roles, con los mismos vinculos, condiciones, y llamamientos, para que todo fuesse vn mayorazgo vnido, indiuisible perpetuamente, y esta vnion hecha por vna causa final del matrimonio en fauor de todos los que auian de suceder en el mayorazgo de los Roles, y según la naturaleza de la vnion y acrecentamiento, y esta voluntad enixamente significada, quæ quamuis postea ex aliqua causa impulsiua, seu accidentali, parezca que el dicho Frácisco de Ouando la quiso alterar y contrauenir en el caso de suceder su hijo Pedro Rol en el mayorazgo de los Ouandos, esto no ha de alterar la sustancia de la disposicion, sino q̃ se ha de reduzir a la concordia que por interpretacion puede admitir para que se sustente lo vno, y lo otro; y quando por interpretacion no se puede remouer la perplexidad, se ha de viciar la condicion que nace de la causa accidétal, para sustentar el fin principal, y la naturaleza de la disposicion; y en este caso la interpretacion, conforme a la voluntad, es facil, para que se sustente lo vno, y lo otro, ex seqq.

42 ¶ Lo primero, porque Francisco de Ouando, en el caso de suceder su hijo Pedro Rol en el mayorazgo de los Ouandos, hizo vna cosa que no pudo, videlicet, ordenar las sucessiones de los mayorazgos que el no auia fecho, dispo niendo, que en el mayorazgo de los Ouandos sucediesse el dicho su hijo, y su hijo mayor, y en el de los Roles el hijo segundo del dicho su hijo; hoc enim no lo pudo hazer, porque fue alterar las disposiciones agenas, hechas con ciertos y determinados llamamientos, l. cum filius, ff. de milit. testam. ibi: *Quia hæreditati quidem*

suæ

suæ milles, quācumque substitutionem facere potest, verū tamen alienum ius tollere non potest, l. coheredi, C. famil. ercisc. l. si vnus, §. ante omnia, ff. de pactis. Y para que esta disposicion se sustente, ha de presuponer volūtad en el adquirente, a quiē se le difirieron ambos mayorazgos, y entēderse en caso que el tal hijo primogenito quiera suceder en el mayorazgo de los Ouandos: Cæterum, en el caso que sucedio, de auer aceptado el reo el mayorazgo de los Roles, la disposicion nullatenus se puede sustentar: Tùm, porque no pudo ordenar las disposiciones de mayorazgos que instituyó: Tùm etiam, porque en el caso sucedido no dispuso que el tercio se diuidiesse, antes fue cō presupuesto de la vniō que auia fecho del al mayorazgo de los Roles; de suerte, que en la vnion, e indiuisibilidad del acrecentamiento al mayorazgo, ay disposiciō y voluntad clara, perpetua, indiuisible, y constante; y en la diuision del dicho acrecentamiēto no ay voluntad clara, ni conjecturada, antes resistente, y solo resulta vn concepto suyo, q̄ proporcionò segun lo que le parecio conuenięte, que se puede atribuyr a forma de consejo, en ordenar las sucessiones agenas que no le tocaua, quod nihil detrahit iuri, quod competebat successoribus, para poder segun sus llamamientos suceder en los mayorazgos de Rol, y Ouando por las disposiciones dellos.

43 ¶ Lo segundo, porque quando esto pudiera tener duda, ay clara voluntad de interpretacion de los contrayentes, que no quisieron hazer cosa en la dicha disposicion del acrecentamiento, contraria a lo dispuesto por Fray Martin Rol en su mayorazgo; porque Francisco de Ouando en su acrecentamiento dixo estas palabras, memor. fol. 6. pág. 2. in fine: *La qual*

qual claufula, aditamento, y condicion, de que se ayan de llamar los dichos nombres, e apellidos, y traer las dichas armas, queremos, mandamos, y es nuestra volũtad que se guarde y cumpla, compadeciendose con aditamentos, grauamenes, y condiciones de la fundaciõ del dicho mayorazgo, e no yendo contra cosa alguna dello, e no de otra manera. Y el dicho Pedro Rol de la Cerda aceptó la dicha escritura, memor. fol. 7. pag. 2 in principio, ibi: *La qual acepta Pedro Rol de la Cerda, padre de doña Luysa de la Peña, y posseedor del mayorazgo de los Roles, con que ante todas cosas se guarde y cumpla lo contenido en la fundacion del mayorazgo de los Roles que possee, sin que se contrauenga en cosa alguna, y no de otra manera.* Y de las vnas y otras palabras nace vn nueuo cõtrato, que dexando el acrecentamiento en su naturaleza vnido, e incorporado al mayorazgo de los Roles, se reuoca qualquier cosa contraria, y que no se compadezca con lo dispuesto por Fray Martin Rol, o a lo menos se aclara que no han dispuesto cosa incompatible; y no ay mejor glosa, ni interpretacion, que la que resulta de la voluntad de los mismos que disponen, l. ex facto, in princip. & ibi notant DD. ff. de vulgar. c. cum venissent, & ibi glo. de iudici. c. inter alia, de sent. excommu. l. in Prætorijs, ff. de Prætoris stipulat. l. omni nouatione, & ibi Bald. C. de Sacros. Eccles. Bald. cons. 407. col. fin. vers. Tam igitur etiam, lib. 1. Curtius senior, cons. 29. col. 3. vers. In proposito, Parif. cons. 91. nu. 27. & cons. 97. nu. 24. lib. 2. Grammat. cons. ciuil. 105. n. 67. Simon de Præt. lib. 1. interp. 1. solut. 5. n. 1. & n. 36. Raud. cons. 35. n. 61.

44 ¶ Lo tercero, porque auiendo el dicho Pedro Rol aceptado la dicha escritura de acrecentamiento, cõ condicion, q̃ por lo dispuesto por

por Francisco de Ouando el Rico, no se contraviniesse en cosa alguna a lo dispuesto por fray Martin Rol: y auiendose celebrado el matrimonio debaxo desta aceptacion, no quedó la disposicion del dicho acrecentamiento, sugeta a ningun caso que le pudiesse alterar, ni obrar diuision del dicho acrecentamiento, pues qualquier condicion que fuesse incompatible con la dicha disposicion, no quedó aceptada, ni dispuesta: y assi, ni el sucessor que ouiere de eligir el mayorazgo de los Roles, está obligado a traer el apellido de Ouando; ni en caso que elija el dicho mayorazgo de los Roles, se puede diuidir el acrecentamiento, ex omnibus supra dictis, tam ex causa finali, quam ex natura dispositionis, & expressa contrahentium voluntate: y assi, ni el dicho Actor funda dominio, ni tiene derecho, quando lo huuiera deduzido para la dicha pretension.

Segundo Articulo.

45 Bien reconoce la parte contraria, y reconocieron sus Abogados en Estrados, que en quanto al mayorazgo de los Roles, y el acrecentamiento que a el hizo Francisco de Ouando, por auerle eligido don Pedro Rol, Reo deste pleyto, su derecho procede sin fundamento: y assi encamina luego la pretension al mayorazgo que fundó Francisco de Ouando el viejo; y a vno de los tres mayorazgos que fundó Frácisco de Ouando el Rico, en Francisco de Ouando su hijo (que es solo el que possee de los tres, el dicho don Francisco Antonio de Ouando, hijo del dicho Reo: porque el Abogado contrario va engañado en dezir, que todos tres, porq̃

 los

los otros dos permanecen oy en las lineas de los hijos en quien los fundo) diziendo, que auiendo el dicho Reo, eligido el mayorazgo de los Roles, eo ipso cerro la puerta a toda su descendencia, para la sucession del mayorazgo de los Ouãdos, porque el de los Roles (demas de la obligacion que pone al posseedor, de traer el apellido y armas de aquel linage sin mezcla, cõ que por lo menos induze incompatibilidad con el mayorazgo que hizo Francisco de Ouando el Rico, en que ay el mesmo preceto de apellido y armas de Ouando) tiene tambien expressa prohibicion, para que no se junte cõ otro mayorazgo, y que esta obra clara exclusion en la persona del dicho Reo, por la elecion del mayorazgo de los Roles y en todos sus descendiẽtes, en quien se auia de deriuar mediante su persona.

46 ¶ Por manera, que la question viene a ser si auiendo sucedido don Pedro Rol, Reo deste pleyto, por la elecion en el mayorazgo de los Roles, y en el acrecentamiento del, la sucessiõ que se difirio de los dos mayorazgos de Ouando, por muerte de don Pedro Rol de Ouando su padre, ha de pertenecer a los hijos del dicho Reo, o pertenecio a don Francisco de Ouando, hermano del Reo, y padre del Actor. Y en esta question hemos de fundar, que pertenece a los hijos del Reo, y que legitimamente es posseedor, y deue ser declarado por sucessor don Francisco Antonio de Ouando.

Y no aurá para que tratar del efeto que pudo obrar la renunciacion fecha por el dicho Reo en don Pedro de Ouando su hijo primogenito, por dos razones.

47 ¶ La primera, porque no possee oy el dicho don Francisco Antonio, en virtud de la re-

nunciacion,

nunciacion, porque muertos el dicho don Pedro de Ouando, y don Garcia de Ouando sus hermanos mayores, sin hijos, solo possee, y le pertenece la sucesion por su propio derecho.

La segunda, porque en caso de ser como es el dicho don Francisco Antonio de Ouando, la persona a quien pertenece la sucesion, la renũciacion se pudo hazer legitimamente, cap. 1. de succes. feud. §. donare hoc quoque, Faquin. con trouer. iur. lib. 7. cap. 10. Bald. cons. 38. & 39. vol. 1. Mieres, 3. par. quæst. 18. num. 10. & 13. dom. Molin. de Hisp. lib. 1. cap. 6. num. 45. & cap. 2. n. 21. & 24. lib. 3. dom. Ioan. del Castill. lib. 3. contro. cap. 12. a num. 107. Gaspar Anton. Thesaur. lib. 1. quæst. foren. quæst. 34. num. 11. Gomez, in l. 40. Taur. num. 70.

Para fundar el derecho del dicho don Francisco Antonio, es necessario presuponer las clausulas de las fundaciones de los mayorazgos de los Ouandos, porque la contextura dellas, saca el negocio de qualquier controuersia.

48 ¶ En el mayorazgo que fundó Francisco de Ouando el viejo, en Francisco de Ouando su hijo, despues del llamó a su hijo varon legitimo de legitimo matrimonio nacido; y en falta de varon, la hija: y para declaracion del llamamiẽto de los descendientes, pone estas palabras: *De manera, que si caso fuere, que del tal hijo, o fija, fincare nieto, o nieta del que assi sucediere en el dicho mayorazgo, que el tal nieto, o nieta suceda en el dicho mayorazgo por linea recta, y no hermano, ni hermana del posseedor del dicho mayorazgo: y que el tal nieto excluya al tal hermano, o hermana: de manera, que toda via lo aya el fijo, o fija que el fijo mayor huuiere, &c.* memor. fol. 2.

49 ¶ Francisco de Ouando el Rico, en el mayorazgo que fundó en Francisco de Ouando su hijo,

hijo, auiendo hecho llamamientos de sus descẽdientes, puesto el precepto de apellido y armas de los Quandos sin mezcla, so pena de perderle, pone vna clausula del tenor siguiente, que porque no està puesta en el memorial impresso, serà necessario que V. m. la mande ver.

Otrosi mando, que si en vida del que tuuiere los dichos mayorazgos, e qualquiera dellos, falleciere el hijo mayor, que la auia de auer despues de sus dias, dexando hijo, o hija, nieto, o nieta, visnieto, o visnieta, suceda en los dichos mayorazgos, y en cada vno dellos, que este caso aconteciere, y se prefiera a su tio, puesto que parezca el tio ser hijo mayor, al tiempo de la muerte del padre: lo qual quiero que se guarde y cumpla en todas las personas que huuieren de auer estos dos mayorazgos en quien aconteciere este caso: porque mi voluntad es, q̃ el hijo mayor, y su linea masculina y femenina, en defeto de masculina, se prefiera al hijo segundo, y a su linea masculina y femenina.

50. ¶ De la contextura destos llamamientos, quien le tiene claro y expresso para suceder, en caso que el dicho don Pedro, Reo deste pleyto, suceda, o no suceda, sin dependencia del derecho del susodicho, son sus hijos: porque tienen por si todas las reglas del derecho; y fuera de las reglas, clara voluntad de que ayan de suceder, aunque su padre no sea capaz de la sucession, ad excludendam enim vocationem clarã, & expressam, non potest admitti coniectura, quæ ex verbis dispositionis nullatenus colligitur expressa, vt in terminis ex pluribus resoluit dom. Ioan. del Castill. lib. 3. controuer. iur. cap. 15. n. 20. 21. & seqq.

51. ¶ Y para que esto se haga manifiesto, se aduierte, que por el mayorazgo de los Roles, como dexamos fundado sup. num. [illegible] no se impide la acquisicion de otro mayorazgo, sino

solo

solo se prohibe despues de adquirido el tenerlo juntamente con el, y assi dispone, que dentro de 60. dias despues de requerido elija el vno de los dos; lo qual obra, que la incompatibilidad no está en la adquisicion, sino en la cótinuacion della, junta con el mayorazgo de los Roles: despues de fecho el requerimiento, y hecha la eleccion del dicho mayorazgo, para la sucession de los mayorazgos de los Ouandos, se pueden considerar dos casos.

Vno, que el dicho don Pedro reo, sin embargo de que posseyesse el mayorazgo de los Roles, adquiriesse y pudiesse adquirir los mayorazgos de los Ouandos.

Otro, que por estar impedido con el mayorazgo de los Roles, no pudiesse adquirir los mayorazgos de los Ouandos.

En ambos casos la sucession de los mayorazgos de los Ouandos pertenece a los hijos del dicho don Pedro reo.

52 ¶ En quanto al primero, ni por la disposicion del mayorazgo de los Roles, ni por las disposiciones de los mayorazgos de los Ouandos, está impedida la adquisicion dellos, sin embargo de que sean incompatibles; porque los grauamenes y disposiciones que causan la incompatibilidad, no estan puestos en alguna dellas en fuerça de condicion, sino en fuerça de modo.

En el mayorazgo de los Roles bastantemẽte lo dexamos fundado; porque con auer dado eleccion se colige precisa voluntad de no querer impedir la adquisicion.

Por el mayorazgo de Francisco de Ouando el viejo, sin embargo de que confessamos que no es compatible con el de los Roles (no por su disposicion, sino por la prohibicion de la

junta que tiene el mayorazgo de los Roles) no está impedida la adquisicion, porque ni tiene grauamen, modo, ni precepto a cuyo cumplimiento obligue, & sic ex sui natura nullum præstat impedimentum acquisitioni.

53 ¶ Por el mayorazgo de Francisco de Ouãdo el Rico, aunque tiene precepto de apellido y armas, sin mezcla de otras, este está puesto en fuerça de modo, o pena; porque dize, que el sucessor tenga obligacion de llamarse del apellido, y traer las armas de los Ouandos, y sino que incurra en las penas abaxo declaradas; y en la clausula que las pone, pieça 4. fol. 49. q̃ no está en el memorial, dize, que el que no lo cumpliere pierda el mayorazgo; y passe al siguiente en grado, el qual precepto induze modo, y no condicion.

54 ¶ Primò, porque in dubio potius est cẽsendus modus, quam conditio, Barto. in l. cum mota, C. de transactio. & ibi Decius, de commu. testatur, n. 6. Rota diuers. decis. 39. p. 1. n. 35. vbi de recepta opinione testatur; Aretin. cons. 151. in princip. Mantic. probans ab hac opinione non esse recedendum, quidquid Parisius, Alciat. & alij contrarium dicant, in tract. de coniectur. vltim. lib. 10. tit. 5. n. 12. Mandel. Albens. cons. 4. n. 34. Gratian. discept. 44. n. 7. tom. 1. omnino videndus, & in maioratibus Hispaniæ grauamen armorum in vim modi, & non conditionis censeri appositum; & Dom. Molin. & altero Molina Iesuit. & ex decis. Rotæ 39. 1. p. resoluit Dom. don Iuan del Castillo, lib. 5. controuer. quotid. 2 p. c. 180. n. 29. omnino videndus.

55 ¶ Secundò, porque el estar puesto el dicho precepto de apellido y armas despues del llamamiento puro, y por la contrauencion, cõ

priuacion del derecho adquirido, induze tambien estar puesto en fuerça de modo, vt elegãter pluribus in id congestis expendit, Dom. dõ Iuan del Castill. d. lib. 5. 2. p. c. 94. n. 18. porque la priuacion presupone habito, y la delacion de las armas y apellido ex sua natura, inducit actum post cuius consecutionem ligat; y siendo modo no estuuo impedido el dicho reo, aũque tuuiesse el mayorazgo de los Roles quando se le difirio la sucesion de los mayorazgos de Ouando; Para lo qual se aduierte, que este precepto de apellido y armas se puede poner en vna de tres maneras. La primera, en fuerça de modo, como en los terminos de la disposicion del mayorazgo q̃ hizo Francisco de Ouãdo el Rico, que auiendo fecho el llamamiento de los sucessores puro, despues puso el precepto de apellido y armas, sin mezcla; y la naturaleza desta disposicion modal, no es suspender la adquisicion del mayorazgo, sino despues de adquirido obligar al cumplimiento, nam modus est moderatio, quędam dispositioni adiecta, eum qui oneratus est agrauans in tempus dispositionis perfectæ, l. Mæuia, ff. de manum. testam. l. demonstratio, §. fin. ff. de condit. & demonstr. l. quibus diebus, §. termilius, vbi Bartol. n. 2. Socin. n. 7. ff. eod. plures referens Menoch. cons. 131. nu. 2. lib. 2. quod pulchré notat Bald. in l. aretusa, n. 7. ff. de statu hom. dicens: quod modus est adiacens determinatio principalis dispositi originem non impediens, sed executionis dirigens, & coartans effectum, & vt idem Bald. in c. dudum, el segundo, n. 27. de electio. dicit: modus debet impleri per viam compulsionis, non resolutionis, quem in id notat alios plures expendens, Stephan. Gratian. discep. for. c. 124. n. 10. cũ seqq.

& con-

& consequenter cum modus adimplendus sit per viam compulsionis, non impedit actum perfici, l. demonstratio, §. fin. ff. de conditio. & demonstr. Bartol. cons. 4. n. 2. & 3. lib. 1. Gratian. discep. 136. n. 16.

56 ¶ La segunda, & praecedenti similis, quãdo el grauamen de apellido y armas se pone en fuerça de pena, videlicèt, quando el llamamiẽto fue puro, y se puso el precepto despues, y en caso de contrauencion le puso pena de priuacion del mayorazgo, quia tunc pœna pribat succesione, vt declarat Cumanus, in l. 2. n. 2. ff. de his qui pœnæ nom. vbi idem tradiderũt Dynus, Alber. & Paul. lass. in l. talis scriptura, n. 16. ff. de leg. 1. Paris. cons. 19. n. 138. lib. 2. Hieron. Gabriel, cons. 105. n. 6. ad fin. lib. 1. Cephal. cons. 52. n. 13. Decian. respons. 4. n. 25. lib. 2. Menoch. cons. 78. n. 8. lib. 1. y estonces la pena priua, similiter ac modus post praecedentem compulsionem, vt eleganter plura congerens, resoluit Dom. Ioan. del Castill. d. lib. 5. 2. p. c. 94. n. 18. per tot. vbi n. 11. 6. colu. ex pluribus resoluit ad incurrendam pœnam monitionem, & interpellationem requiri.

En ninguna destas dos maneras que se põga el precepto, no se impide la adquisicion, ex supradictis.

57 La tercera es, quando el llamamiento no se haze puramente, sino sub conditione suspẽsiua, videlicèt, quãdo se haze, si truxere el apellido y armas sin mezcla, y en este caso no puede adquirirse la sucesion antes de cumplirse el precepto, l. legata sub conditione, ff. de condit. & demonst. l. cum ad præsens, cum duabus seqq. ff. si cert. petat. Menoch. cons. 388. n. 15. lib. 4. Surd. cons. 262. n. 56. lib. 2.

58 ¶ Este vltimo caso no concierne a los

termi-

terminos deste pleyto, porque no ay palabra en la disposicion, que suspenda la adquisicion del mayorazgo, ni haga los llamamientos condicionales, sino solo modales, o penales, que ob non implementum, puedan per vim compulsionis, vel per monitionem, priuar de lo ya adquirido.

59 ¶ Vnde succedit, que el dicho don Francisco Antonio tiene para esta sucession todas las prerrogatiuas que le pueden causar prelacion, porque está en la linea primogenita del primero llamado, ex l.2.tit.5.par.2.& ex traditis in terminis a dom. don Ioan del Castillo, lib.5. cōtrouer.cap.178.num.2. sin que contra esto pueda oponerse, que el dicho don Pedro, Reo, no puede hazer linea, porque con la eleccion del mayorazgo de los Roles, queda incapaz de la sucession de los mayorazgos de los Ouandos, & consequenter no puede causar derecho de linea, cū ipse tanquam exclusus, & medium inhabile impediat transmissionem successionis: y sin embargo de lo que en comprouacion desto se considera por la parte contraria, ex ordinarijs regulis, videlicet, quod non potest esse plus iuris in causato, quam in influenti potentia causæ, & quod vbi arbor radices non egerit, non potest in ramos pululare: y que no puede hazer linea si no es el actual sucessor, o aquel que tiene habitual e inuariable derecho de primogenitura: porque fuera de que a todas estas reglas respōde en terminos el señor don Ioan del Castillo, lib.3.controuer.cap.15.donde fundando el derecho del hijo, desde el num.20. cum sequentibus, vers. Deueniendo autem ad secundum posteor, desde el num.60.responde a todos los contrarios, y a los fundamentos referidos concluyētissimamente, lo qual solo bastara, nihilominus

todos los fundamentos contrarios proceden, quando la exclusion del padre està puesta en fuerça de condicion suspensiua, que impida la adquisicion, que estonces no se considerarà la persona del padre para hazer linea, ni computarse del el grado.

60 ¶ Cæterum, quando està puesta en fuerça, de modo que no impide la adquisicion, y la exclusion viene por contrauencion, quia tunc talis exclusus obmodum non impletum facit lineam, & ab eo regulatur succesio, si specialiter & expresse non inueniatur alius substitutus vocatus in casu contrauentiones, quod elegantissime more solito, comprobat dom. don Ioã. del Castill. lib. 5. quotid. controuer. 2. part. cap. 178. num. 2. col. 6. vers. *Distinguendum itaque erit, an filius primogenitus expresse a successione excludatur, & acquirere prohibeatur, prout in terminis d. l. 7. & in hominis etiam dispositione, quacumque eisdẽ terminis figuratis, ita quod principium lineæ dari non possit, & filius secundus, vel alius specificè vocetur, & tũc seruandum erit, id quod diximus; at verò filij eiusdem maioris vocatio adsit expressa, cum grauamine tamen oneribus, aut conditionibus aliquibus, atque ita, quod vocatus sit specificè, & succedere acquirere, & principium lineæ constituere poterit, & tunc quidem si præcepto, vel conditioni non paruerit, vel aliàs propter cõtrauentionem excludatur, siue successione acquisita priuetur succedit eius filios, vel decendens, & procedunt, atque seruari debent, quæ superius diximus, &c.* Et in id expendit Molin. lib. 3. cap. 6. nu. 29. cum quatuor sequentibus, Mieres, 2. par. quæst. 4. illat. 8 videndus in noua æditio, num. 308. quod idem probarunt Tello Hern. in l. 17. Taur. nu. 10. Matienz, in l. 1. tit. 6. glos. 4. num. 9. lib. 5. vbi Azeued. num. 27. Angulo, glos. 6. num. 6. Fran. Apõte, cons. 4. num. 66. & 69. Paul. cons. 374. num. 3

lib.

lib. 1. Deci. conf. 389. num. 2. quos idem dom. Ioan del Castill. refert vbi sup. dict. num. 2. col. 3. verf. Et in his quid in terminis, qui id ipsum resoluit dict. lib. 3. cap. 15. num. fin. elegantius, lib. 5. 2. par. cap. 180. num. 27. & 28. iuncto n. 30.

61 ¶ Y la razon es concluyentissima, porque cessa en el precepto que està puesto en fuerça de modo, la exclusion a principio, & origine, licet ex post facto, contrauiniẽdo primet: porque no tiene este caso dissimilitud a los demas, en que el sucessor actu acquisiuit post acquisitionem, priuatur succesione, que estonces han de suceder sus hijos, vt ex Molin. Mier. Alex. Raud. Cephal. Hõded. probat in terminis dom. Ioan. del Castill. dict. lib. 3. cap. 15. num. 56. & 57.

62 ¶ Y en los terminos deste pleyto tantum abest, que de las clausulas de la disposicion se puede sacar, en caso de la contrauencion, congetura de diferente sustituto, quod immo in eo estan expressamente llamados los hijos: y quando el llamamiento fuera del siguiente en grado, era preciso entenderse del hijo del dicho Reo, vt eleganter in terminis considerat dom. Ioan. del Castill. dict. lib. 3. cap. 15. num. 33. dicens: *Ergo necessitate, & veritate adstringimur ad dicendum sequentẽ in gradu eum dici, qui ex ordine scripturæ, atque substitutionum sequens in gradu est, cum in verbis prædictis aliter expressum non fuerit, quia quis sit sequens gradus, ex præcedenti gradu colligitur, l. qui liberis in fine, ff. de vulg. & pup. subst. l. 1. C. de impub. & aliis subst. Rolan. de commu. in conf. 39. nu. 38. lib. 4. Fabius Turre. in conf. 82. num. 5. lib. 1. vbi dicit in fideicommissis regulam esse sequentem in gradu, deberi intelligi, secundum contenta, & expressa in eadem dispositione, quia vnus gradus alium declarat.*

63 ¶ Y las consideraciones que se hazen, fundadas en la l. 7. tit. 7. lib. 5. recopil. en que se prohibe

hibe

hibe la junta de dos mayorazgos de dos quentos de renta; y eligiendo el hermano mayor el vno, passa la sucesion del otro al hermano segundo, no son adaptables: porque la dicha ley, ex causa publicæ vtilitatis, alterò la naturaleza de los llamamientos del segundo mayorazgo, dandolo al segundogenito, que ante dispositionem ipsius legis, no sucediera; y quitandolo al primogenito, que auia de suceder speciali ratione, como lo resueluen todos en la misma ley, præcipuè Matienz. glos. 5. num. 2. & 3. Azeued. num. 3. dexando los demas casos a la disposició de derecho comũ, y de los fundadores: porque non ex eo, que entre dos mayorazgos, que no son de la suma, tassada por la ley, aya incompatibilidad, ha de induzirse correcion del llamamiento, si del no resulta, que en el caso de la incompatibilidad estè llamado el segundo genito, como ex domino don Ioan. del Castill. queda resuelto sup. num. . porque en la incompatibilidad de los mayorazgos, que no son de la dicha suma, impidira la junta, pero no alterarà el orden en la sucesion, que conforme a los llamamientos y a las reglas del derecho se deuiere guardar: y en los terminos deste pleyto, esto procede sin disputa, porque el mayorazgo de los Roles, que impide la junta, eligido por el dicho Reo, manet in sua causa: y los mayorazgos de los Ouandos, que requieren apellido y armas, en que tiene llamamiento el hijo mayor del dicho Reo, y no su hermano, ha de venir segun la voluntad, a quien tiene el llamamiento, que no alterò, ni mudò la ley, principalmente siendo la disposicion de la ley, posterior a la fundacion de los dichos mayorazgos, y ordenãdo solo lo futuro, en los casos especiales que dispuso; no corrige, ni puede corregir la naturaleza

del llamamiento anterior à su disposicion, ex vulgaris iuris regulis, sino que queda en la disposicion del derecho comun; por la qual no estando la incõpatibilidad en el origen y principio de la adquisicion por condicion suspensiua, sino despues de la adquisicion por modo que priua de lo ya adquirido, la sucessiõ no puede pertenecer, sino al inmediato del que contrauiene, que es el hijo del dicho reo.

64 ¶ En quanto al segundo caso, de que el dicho don Pedro reo no pudiesse adquirir la sucessiõ de los mayorazgos de los Ouandos, por estar impedido por la sucessiõ del mayorazgo de los Roles: tampoco puede pertenecer la sucessiõ al actor, por expressa y clara disposicion de los mayorazgos de los Ouandos.

65 ¶ Para lo qual se aduierte, que el caso de la incapacidad del que tenia llamamiento, se equipara al caso de muerte, de manera, que el incapaz se aya de juzgar y tener ac si naturaliter mortuus fuisset, l. 1. §. qui habebat, ff. de bonor. poss. contra tabul. per quam Bartol. ibi ait: *Quod filius incapax, non obstat sequentibus in gradu, ac si mortuus fuisset*, l. pater filium, vbi glos. ff. de inofficio. testam. l. 1. §. sciendum, ff. de suis, & legiti. hæred. Molin. de primogen. lib. 1. c. 9. n. 29. & 30. & lib. 3. c. 13. n. 15. Mieres, de maiorac. 2. p. q. 3. n. 7. Auendañ. in l. 45. Taur. glos. 2. n. 9. Greg. Lop. in l. 2. tit. 15. p. 2. glo. 19. quos refert Valençuela Velazq. cons. 83. n. 7. Dom. don Iuan del Castill. cum, & alios referens, d. lib. 5. 2. p. c. 180. n. 11. dicens: *Casus namq; incompatibilitatis pro morte habetur, prout ibidem notabit num. 47. siuè vt mortuus, & quemadmodum si in rerum natura, non esset reputatur incapax, & qui ob prohibitum*

 tum

tum concursum in duobus maioratibus succedere non potest, & id circo dominium, & possessio in sequentem vocatum, aut qui ex lege succedere debet sic transit, ac si vere mortuus fuisset, aut nunquam extitisset.

66 ¶ De que se sigue, que para regular quien tiene llamamiento en este caso de la contrauencion, e incapacidad que se pretende en el reo, por posseer el mayorazgo de los Roles, se ha de estar a la disposiciõ en el caso de la muerte, vt nervose defendit Tello Hernand. in l. 27. Taur. n. 9. & 10. Mieres, 4. par. quæst. 19. num. 24. & 25. Macienç. in l. 11. titu. 6. lib. 5. gloss. 4. num. 10. Molina, lib. 3. cap. 10. num. 4. Franchis, decis. 169. n. fin. Petra, de fideicom. quæst. 11. num. 554. Y por ambos mayorazgos de los Quandos, conforme a las clausulas referidas, supra num. aun en el caso de no auer sucedido el hijo del posseedor, sino ser muerto, en que no se puede considerar actual derecho, estan llamados los nietos del posseedor, sublata de medio persona eorum patris, eiusdemque possessoris filij: y teniendo este llamamiento claro y literal, el que pretendiere la exclusion, la ha de prouar euidentemente, l. prima, C. de conditione insertis, ibi: *Nisi alia defuncti voluntas euidenter probibetur*, l. Lucius, §. quæsitum, ff. de legat. 3. §. in fideicommisso, ibi: *Nisi specialiter*, l. nuptura, ff. de iure dotium, ibi: *Nisi euidentissime contrarium probetur*, l. libertas, §. fin. ff. de manum. test. ibi: *Nisi aliud sensisset patrem familias manifestissimis rationibus probaberit*, l. si plures, ff. de vulgar. ibi: *Nisi alia fortè fuerit mens testatoris, quod vix credendum est, nisi euidenter fuerit expressum*. Porque en este caso, el llamamiento en los hijos del Reo, no està dependiente del derecho de su padre: porque

porque quando se hizieron, presupusieron los fundadores su muerte, sin auer sucedido, & nihilominus deriuaron la sucession del abuelo posseedor, al nieto sublata media persona, que es el caso en que aunque el padre no aya sucedido, ni sido capaz de la sucession, pertenece al nieto, hijo del primogenito, vt cum iudicio animaduertit domin. Ioann. del Castill. dicto lib. 3. cap. 15. a num. 57. cum sequentibus, & in terminis dict. leg. 7. idem resoluit lib. 5. 2. part. cap. 178. num. 2. col. 7. vers. Vbi vero primogenitus, &c.

67 ¶ Esset enim iniquum, que el padre del dicho don Francisco Antonio pudiesse, con auer aceptado el mayorazgo de los Roles, priuar a sus hijos del llamamiento, que sin dependencia de su persona tenian en el llamamiento de los Ouandos, contra rationem text. in l. pater familias, ff. de hæred. instit. & in l. id quod, ff. de liber. legat. ad quod alia iura expendit Ruin. cons. 122. n. 8. vol. 2.

68 ¶ Y fuera priuar a los hijos del dicho don Pedro, Reo, del derecho de elecion, que les dá la misma disposicion, que causa la incompatibilidad; y del termino della, en que se presupone junta de los dos mayorazgos en vn posseedor, donec ex electione resultet contrauentio, & priuatio.

69 ¶ Por manera, que si en estos casos se ha de atender la voluntad de los fundadores, vt cum iudicio perpendit, domin. don Ioan. del Castill. lib. 5. 2. par. cap. 181. num. 1. 2. & 6. & cap. 180. a num. 19. cum sequentibus. Y conforme a las disposiciones de los Ouandos, ay clara voluntad para que suceda el dicho don Francisco Antonio, aunque su padre no suceda,

da, ni podido suceder, no tiene el Actor fundamento alguno, para fundar su exclusion, & sic tanquam petens contra voluntatem defuncti audire non debet, l. illis libertis, ff. de condit. & demonst. & expresse probatur in l. 40. Taur. Salua in omnibus, &c.